

Tilburg University

Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht

Wolswinkel, Johan

Published in:
25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid

Publication date:
2019

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Wolswinkel, J. (2019). Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht: Naar een algemeen deel verdelingsrecht? In T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters, & R. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid* (pp. 805-814). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Johan Wolswinkel*

74 | Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht. Naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht?

@J_Wolswinkel – Bestuursrechtelijke interesse in wetenschap en praktijk voor de verdeling van individuele schaarse rechten betekent nog geen interesse voor de verdelende functie van het bestuursrecht als zodanig. Nu is daarom eerst de verdelende functie van algemene regels aan de beurt *#verdelingsrecht#schaarse-rechten#algemeen-bestuursrecht*

I. Inleiding

In 2011 stemde een meerderheid van de aanwezigen op de VAR-jaarvergadering voor de stelling van preadviseur Schuyt dat de verdelende functie van het bestuursrecht, juist in het digitale tijdperk, afzonderlijke aandacht van de bestuursrechtswetenschap verdient.¹ Op iets minder enthousiasme (of begrip) kon zijn hiermee samenhangende stelling rekenen dat de individualiserende tendens van digitalisering een hernieuwde bezinning vereist op de ordenend-normerende functie van het bestuursrecht, tot uitdrukking komend in een Algemeen Deel Bestuursrecht.² Aanleiding voor beide stellingen was het vermoeden dat maatschappelijke processen van individualisering en digitalisering een verschuiving veroorzaken in het gewicht dat toekomt aan de verschillende functies van het bestuursrecht, in het bijzonder tussen de ordenende functie (het stellen van algemene regels) en de verdelende functie.³

* Prof. mr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, markt & data aan Tilburg University.

¹ De VAR-annalen vermelden als geschatte stemmingsuitslag: 40 à 45 stemmen voor, 1 stem tegen en 25 onthoudingen (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, *De digitale overheid. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 20 mei 2011* (VAR-reeks 147), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 73).

² Naar schatting was sprake van 40 stemmen voor, 10 à 15 stemmen tegen en 40 à 45 onthoudingen (VAR Vereniging voor Bestuursrecht 2012, p. 73).

³ C.J.M. Schuyt, 'Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden', in: M.M. Groothuis, J.E.J. Prins en C.J.M. Schuyt, *De digitale overheid* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 126-131. Schuyt spreekt in zijn preadvies afwisselend van 'ordenend-normerende functie', 'normerend-ordenende functie' en 'normerende, ordenende functie' om het stellen van algemene regels aan te duiden. In deze bijdrage wordt consequent gesproken van 'ordenende functie', omdat 'normerende functie' te weinig onderscheidend vermogen heeft om de verschillende functies van het bestuursrecht aan te duiden (vgl. P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, p. 46).

Inmiddels zijn we zeven jaar verder en is het door Schuyt bepleite Algemeen Deel Bestuursrecht nog steeds niet verschenen. Wel bestaat al enige tijd, zelfs voor 2011, uitgebreide belangstelling voor de verdelende functie van het bestuursrecht. Deze aandacht, niet alleen in de bestuursrechtswetenschap maar juist ook in de bestuursrechtspraktijk, richt zich in het bijzonder op de verdeling van schaarse rechten: welke normen zijn van toepassing op de verlening van individuele publiekrechtelijke rechten, zoals vergunningen en subsidies, als het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare rechten? Deze bijdrage schetst hoe dit bestuursrechtelijke ‘verdelingsrecht’ zich in de afgelopen 25 jaar heeft ontwikkeld onder invloed van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), om vervolgens na te gaan hoe de verdelende functie van het bestuursrecht verder gestalte kan krijgen en wat de betekenis van de Awb daarbij kan zijn.

2. 25 jaar verdelingsrecht in vogelvlucht

2.1 Wisselwerking tussen theorie en rechtspraak

In de bestuursrechtswetenschap kan de aandacht voor de verdelende functie van het bestuursrecht in de afgelopen 25 jaar grofweg worden onderscheiden in drie fasen. Het eerste decennium na inwerkingtreding van de Awb (1994-2004) wordt gekenmerkt door stilte voor de storm, vervolgens brengt een VU-oratie over schaarse vergunningen het water langzaam in beweging (2004-2009),⁴ waarna een stortvloed aan publicaties over de verdeling van schaarse rechten bestuursrechtelijk Nederland overspoelt in het laatste decennium (2009-2019).⁵

De bestuursrechtspraak laat een vergelijkbare ontwikkeling zien. Hoewel schaarse rechten zeker geen nieuw verschijnsel vormen,⁶ is de jurisprudentie over schaarse rechten in het eerste decennium na 1994 gefragmenteerd per bijzonder rechtsgebied, zoals het telecommunicatierecht. Vervolgens worden de eerste stappen gezet naar op de verdeling toegespitste eisen die de bestuurs-

⁴ F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

⁵ De literatuur over schaarse rechten is inmiddels niet meer schaars te noemen. Voor een overzicht van de belangrijkste literatuur tot en met 2016, zie voetnoot 4 van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*)

⁶ Zie reeds A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: N. Samson 1953, p. 221: ‘Soms echter doet zich de merkwaardigheid voor, dat niet ieder een vergunning kan krijgen. Er is bijv. maar een bepaald contingent te verdelen en wie komt, nadat dit contingent is uitgeput, vist — hoe onberispelijk zijn geval ook wezen moge — achter het net. [...] Het merkwaardige is daar, dat op zichzelf geheel gelijkliggende gevallen niet gelijk worden behandeld en met recht, omdat men nu eenmaal — waar niet is — zijn recht verliest.’

rechter afleidt uit (nieuwe) algemene rechtsbeginselen, zoals transparantie,⁷ waarna deze ontwikkeling vanaf 2009 meer gestructureerd gestalte krijgt. Aanvankelijk vervult het College van Beroep voor het bedrijfsleven een belangrijke rol met zijn standaardoverweging dat aan de besluitvorming met betrekking tot een schaarse ontheffing, mede uit een oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen moeten worden gesteld.⁸ Deze katalyserende rol wordt vanaf 2016 overgenomen door de Afdeling, met name door een uitspraak van de grote kamer in *speelautomatenhal Vlaardingen* die wordt voorafgegaan door een conclusie van advocaat-generaal Widdershoven en daarmee blijk geeft van bestaande interactie tussen rechtspraak en literatuur.⁹ Grote winst van deze uitspraak is dat algemene regels van verdelingsrecht¹⁰ die stap voor stap in de jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd, worden gesystematiseerd onder de noemer van het gelijkheidsbeginsel.

2.2 De verdelende Awb-wetgever?

Welke rol heeft de Algemene wet bestuursrecht in deze 25 jaar gespeeld bij de verdeling van schaarse rechten? In 2007 wordt bij de derde evaluatie van de Awb opgemerkt dat de Awb impliciet uitgaat van een systeem van ‘first come, first served’ en dat andere verdelingsprocedures deels andere regels vergen dan thans in de Awb staan.¹¹ Voor deze stelling kan inderdaad geen expliciet bewijs worden gevonden, want in de totstandkomingsgeschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 ontbreekt juist afzonderlijke aandacht voor verdelingsvraagstukken. Eerder lijkt het erop dat de Awb-wetgever niet heeft stilgestaan bij de ‘eigenaardigheden’ van schaarse rechten in het bestuursrecht.

Bij de totstandkoming van de derde tranche van de Awb in 1998 komen verdelingsvraagstukken wel nadrukkelijk aan de orde in het kader van de subsidietitel. Titel 4.2 van de Awb voorziet namelijk in een facultatieve regeling van het subsidieplafond (afdeling 4.2.2 Awb), die voortkomt uit de behoefte om rechtszekerheid voor burgers te combineren met de noodzaak van begrotingsdiscipline.¹² Niet alleen bevat deze regeling een aantal voor de hand liggende

⁷ Zie bijv. CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, JB 2008/67 (*speelautomatenhal Culemborg*), met verwijzing naar de ‘beginselen’ van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid.

⁸ CBB 10 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono; JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Heemstede*).

⁹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

¹⁰ Zie voor de ontwikkeling hiervan: C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiek-rechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

¹¹ R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 205.

¹² PG Awb III, p. 206.

besluitvormingsregels die specifiek zijn toegesneden op de verdeling van schaarse subsidies, zoals de verplichting om het subsidieplafond en de wijze van verdeling voorafgaand aan het aanvraagtijdvak bekend te maken. Ook wordt het subsidiebegrip in artikel 4:21 Awb bewust beperkt tot aanspraken op *financiële middelen*. Reden om ‘subsidies in natura’ uit te sluiten van de subsidietitel is dat sommige bepalingen inzake de verstrekking van financiële middelen, in het bijzonder de regels inzake het *subsidieplafond*, niet zonder meer kunnen worden toegepast op verstrekkingen in natura: indien bij die regels telkens rekening zou moeten worden gehouden met verstrekkingen in natura, zou dat de subsidieregeling in verhouding tot het belang van dergelijke verstrekkingen onevenredig compliceren.¹³

Sindsdien rijst met enige regelmaat de vraag of de besluitvormingsregels uit de Awb voldoende zijn toegesneden op de verdeling van schaarse rechten. Zo zou de bevoegdheid van artikel 4:5 Awb om een onvolledige aanvraag buiten behandeling te laten nadat de mogelijkheid tot aanvulling niet is benut, een gelijke behandeling van aanvragers in gevaar kunnen brengen.¹⁴ De soep wordt in de praktijk echter niet zo heet gegeten als die door de wetenschap wordt opgediend. Reeds bij de totstandkoming van de subsidietitel heeft de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht de wijze raad meegegeven om bij de regeling van de wijze van verdeling, die immers nadrukkelijk aan de bijzondere wetgever is opgedragen, tevens een voorziening te treffen voor onvolledige aanvragen in de zin dat aanvragen worden gerangschikt op volgorde van ontvangst van de *volledige* aanvragen.¹⁵ Een conflict hoeft dus niet te ontstaan zolang de bijzondere wetgever proactief optreedt. Toch is ook dit proactieve optreden van de bijzondere wetgever aan grenzen gebonden, met name indien zij niet samenvalt met de wetgever in formele zin.¹⁶ Evenzo ontmoet de hardheidsclausule van artikel 4:84 Awb, die de mogelijkheid geeft om af te wijken van vooraf vastgestelde beleidsregels, kritiek in de literatuur.¹⁷ De Afdeling neemt deze angel echter weg door te oordelen dat van bijzondere, bij het vaststellen van de beleidsregel niet verdisconteerde omstandigheden niet langer sprake kan zijn wanneer bij het opstellen van de beleidsregel bewust

¹³ PG Awb III, p. 187.

¹⁴ Zie bijv. A. Drahmman, *Eerlijke en transparante verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 350.

¹⁵ PG Awb III, p. 179-182.

¹⁶ Zo wordt in Rb. Rotterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP0013, r.o. 2.5.5, de bepaling in een ministeriële verdelingsregeling dat een aanvraag buiten behandeling moet worden gelaten indien het gebrek niet binnen de hersteltermijn is hersteld, in strijd geacht met art. 4:5 Awb, terwijl in CBB 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7909, AB 2012/349, m.nt. W. den Ouden, r.o. 4.3 (*kavels A7 en A8*), nadrukkelijk in het midden wordt gelaten of de discretionaire bevoegdheid van art. 4:5 Awb nader kan worden ingeperkt in lagere regelgeving.

¹⁷ Zie bijv. Drahmman 2015, p. 350.

ervoor is gekozen om een bepaald element te beoordelen aan de hand van vooraf vastgestelde objectieve criteria.¹⁸ Anders dan via deze objectieve criteria kan dus niet langer aan dit element worden voldaan. Meest opvallend is wellicht de uitleg die de Afdeling in de *Holland Opera*-uitspraak geeft aan de eis van een deugdelijke motivering (artikel 3:46 Awb): indien de rangorde van aanvragen mede wordt bepaald door de beoordeling van andere aanvragen, moet de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd.¹⁹ De Afdeling geeft hier dus aan het in de Awb gecodificeerde motiveringsbeginsel een interpretatie die specifiek is toegesneden op de verdeling van schaarse rechten, in het bijzonder schaarse subsidies.²⁰

Al met al voegen de besluitvormingsbepalingen van de hoofdstukken 3 en 4 van de Awb zich dus vrij eenvoudig en flexibel naar het schaarse karakter van het recht.²¹ Ten aanzien van het bestuursprocesrecht lijkt eenzelfde conclusie te kunnen worden getrokken.²² Omdat diverse relevante bepalingen uit de Awb bovendien voldoende ruimte laten voor afwijkend of aanvullend optreden door de bijzondere wetgever, staat de Awb niet in de weg aan besluitvorming die specifiek is toegespitst op de verdeling van schaarse rechten. Tegelijk moet worden geconstateerd dat de Algemene wet bestuursrecht geen leidende rol vervult, maar hooguit faciliterend is als het gaat om de invulling van het verdelings-traject.

3. Grenzen aan het verdelingsrecht?

3.1 Niet alles is verdelingsrecht ... of toch wel?

Het vertrekpunt bij de theorievorming over de verdelende functie van het bestuursrecht vormt doorgaans de verdeling van schaarse rechten over individuele aanvragers. Hiervan is sprake indien het aantal te verlenen rechten vooraf is beperkt tot een kwantitatief maximum. Aanvankelijk vormen de Unierechtelijke verkeersvrijheden een belangrijke impuls voor de ontwikkeling van een algemeen verdelingsregime. Dit Unierechtelijke verdelingsregime, dat deels zijn wortels heeft in het Unierechtelijke aanbestedingsrecht en inmiddels is verfijnd in de Dienstenrichtlijn, heeft echter een beperkte reikwijdte, omdat het alleen

¹⁸ ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel (VSO).

¹⁹ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

²⁰ De Afdeling verwijst voor haar opvatting namelijk ook naar art. 4:25 lid 3 Awb, dat uitsluitend betrekking heeft op schaarse subsidies.

²¹ Zie reeds C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014/7, afl. 1/2, p. 64.

²² Zie J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 172.

van toepassing is op schaarse vergunningen voor economische activiteiten.²³ Het nationaalrechtelijke verdelingsregime dat de Afdeling vervolgens eind 2016 in *speelautomatenhal Vlaardingen* heeft ontwikkeld, gaat een stap verder en is ook van toepassing op schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten en zelfs op andere schaarse rechten dan schaarse vergunningen.²⁴ Sterker nog: ook schaarse ‘subsidies in natura’ zouden kunnen worden onderworpen aan dit verdelingsregime van de Afdeling.

De grenzen van het bestuursrechtelijke verdelingsrecht zijn hiermee echter nog niet bereikt. Naast de ideaaltypische verdeling van schaarse rechten kan immers ook sprake zijn van de verlening van ‘rechten met schaarse effecten’. Hiervan is sprake indien het aantal rechten weliswaar niet op voorhand is beperkt tot een maximum, maar inherent aan het betreffende publiekrechtelijke recht is dat het niet oneindig kan worden verleend. Zo kan het cumulatie-effect van bepaalde activiteiten meebrengen dat toch een impliciete bovengrens geldt voor het aantal vergunningen dat voor die activiteit kan worden verleend.²⁵ Tot dezelfde categorie kunnen begrotingssubsidies en incidentele subsidies worden gerekend. De verlening van deze subsidies hoeft volgens de Awb niet te berusten op een wettelijke grondslag²⁶ en kan in dat geval niet aan een subsidieplafond worden onderworpen.²⁷ Weliswaar is in die gevallen het aantal beschikbare rechten op voorhand niet expliciet beperkt tot een maximum, maar toch geldt een inherente beperking voor het aantal rechten dat kan worden verleend. Het schaarse karakter van deze rechten zou explicieter kunnen worden gemaakt door de impliciete bovengrens te kwantificeren. Indien dit niet gebeurt (en de eisen inzake de verdeling van schaarse rechten niet worden toegepast), leidt dit tot een gebrek in de besluitvorming.

Bovenstaande uitbreiding van het verdelingsrecht is nog bescheiden, omdat een impliciete verdeling van schaarse rechten slechts expliciet wordt gemaakt. Van Ommeren heeft echter meermalen de stelling verdedigd dat bestuursrecht in de kern verdelingsrecht is. Die verdelende rol van het bestuur hoeft niet alleen tot uitdrukking te komen in de toekenning van individuele schaarse rechten, maar kan ook spelen bij meer algemene keuzes en prioriteringen.²⁸ In zijn

²³ Zie hierover recent HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:NL:EU:C:2018:44 (*Appingedam*).

²⁴ C.J. Wolswinkel, ‘Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na *Vlaardingen* en *Appingedam*’, *SEW* 2018/7, afl. 7/8, p. 293.

²⁵ Vgl. M.M. van Es & C.J. Wolswinkel, ‘Tussen schaarste en open einde. Eisen aan de verlening van vergunningen met schaarse effecten’, *Gst.* 2015/51, afl. 7422, p. 60-68.

²⁶ Art. 4:23 lid 3 sub c en d Awb.

²⁷ Een subsidieplafond kan alleen worden vastgesteld indien subsidieverstrekking berust op een wettelijke grondslag (art. 4:22 Awb).

²⁸ Van Ommeren 2004, p. 71; F.J. van Ommeren, ‘Bestuursrecht is verdelingsrecht. Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht’, in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed*

recente conclusie over schaarse rechten in het omgevingsrecht stelt advocaat-generaal Widdershoven echter dat een bestemmingsplan geen besluit inhoudt waarin schaarse rechten worden toegekend, terwijl een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik in de regel evenmin een schaars recht toekent. Eisen die aan de verdeling van schaarse vergunningen worden gesteld gelden dus niet voor deze besluitvorming in het omgevingsrecht. Centraal in de argumentatie van Widdershoven staat de veronderstelling dat een recht niet schaars is als slechts één partij aan de criteria voor verlening van dat recht kan voldoen.²⁹ Dat is op zich waar, maar de relevante voorvraag is juist waarom slechts één partij aan die criteria kan voldoen.

Nuttig is in dit verband het onderscheid dat in het telecommunicatierecht wordt gemaakt tussen bestemmingsschaarste en verdelingsschaarste: terwijl bij verdelingsschaarste een keuze moet worden gemaakt tussen individuele aanvragers, moeten bij bestemmingsschaarste op een meer algemeen niveau keuzes worden gemaakt tussen verschillende toepassingen binnen het radio-spectrum.³⁰ Ook bij de toekenning van bestemmingen aan andere hulpbronnen, zoals grond, water en kapitaal, kan sprake zijn van elkaar uitsluitende alternatieven, ongeacht of deze alternatieven de toekenning van schaarse rechten inhouden.³¹ Vanuit die optiek zou de verdelende functie van het bestuursrecht niet beperkt moeten blijven tot de verdeling van schaarse rechten over individuele aanvragers. Wanneer bestemmingsschaarste ertoe leidt dat slechts door één partij een bepaalde activiteit kan worden verricht, is inderdaad geen sprake meer van verdelingsschaarste, maar vervult het bestuursrecht wel een verdelende rol.

Meer aandacht voor de verdelende functie van het bestuursrecht impliceert dus allereerst dat de fixatie op de ideaaltypische verdeling van schaarse rechten wordt losgelaten en dat het capaciteitseffect van elke criterium wordt onderkend, ongeacht de aanwezigheid van een plafond. Voor elk criterium geldt immers dat een grens wordt getrokken tussen partijen die wel en die niet voldoen aan dit criterium en dat zodoende de kring van potentiële houders van het recht verder wordt beperkt. In het bijzonder is meer aandacht nodig voor verdelings-

verdedigbaar. *Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 98-99.

²⁹ Conclusie AG Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, punt 4.5 (*windpark Zeewolde*).

³⁰ Zie voor deze terminologie de Nota frequentiebeleid 2005 en de Nota frequentiebeleid 2016. Zie uitgebreider hierover: C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018/3, p. 109-121.

³¹ Zie ook het rapport *Eenvoudig vergunnen*, waarin wordt erkend dat juist de toedeling van schaarste een reden kan zijn voor een publiekrechtelijke regeling, ongeacht het instrument van algemene regel of vergunning (Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen, *Eenvoudig vergunnen. Advies van de Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen*, Den Haag 2005, p. 58).

regels die gelden op het niveau van bestemmingsschaarste, bijvoorbeeld bij de vaststelling van plannen, juist omdat keuzes op dat niveau kunnen doorwerken in het aantal partijen dat uiteindelijk in aanmerking kan komen voor verlening van een (schaars) recht.³²

3.2 *Rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en innovatie: onverenigbare grootheden?*

In zijn bijdrage in *RegelMaat* over de functies van de Awb (en daarmee van algemene regels van bestuursrecht) constateert Schueler dat het belang van de functies van efficiëntie van wetgeving en borging van rechtsstatelijkheid is toegenomen ten opzichte van de klassieke functies van rechtseenheid, kenbaarheid en voorspelbaarheid.³³ Wellicht moet ten aanzien van de in de rechtspraak ontwikkelde algemene regels van verdelingsrecht een vergelijkbare conclusie worden getrokken als ten aanzien van de algemene regels van bestuursrecht die in de Awb zijn gecodificeerd. Onmiskenbaar heeft de ontwikkeling van deze algemene regels van verdelingsrecht bijgedragen aan meer rechtseenheid, kenbaarheid en voorspelbaarheid van het toepasselijke verdelingsrecht – en daarmee aan meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid – maar de vraag is in hoeverre deze algemene regels van verdelingsrecht ook hebben bijgedragen aan een optimale verdeling, hetzij in termen van efficiëntie (kostenefficiënte verdeling) hetzij in termen van de rechtsstaat (verdelende rechtvaardigheid)?

Van groot belang is in dit verband de overweging van de Afdeling in *speelautomatenhal Vlaardingen* dat het belang van het bieden van mededingingsruimte moet worden meegenomen in de besluitvorming, maar moet worden afgewogen tegen andere belangen.³⁴ Hier dringt zich met name de vraag op hoe de noodzaak van transparantie vooraf, die voortvloeit uit de beginselen van gelijke behandeling en rechtszekerheid, zich verhoudt tot de wenselijkheid van flexibiliteit tijdens en na de verdeling. Wederom kan het Unierechtelijke aanbestedingsrecht hier als inspiratiebron fungeren. Waar het begrip ‘innovatie’ in de Dienstenrichtlijn niet voorkomt, wordt het in de Aanbestedingsrichtlijn³⁵ en de Concessierichtlijn³⁶ zelfs expliciet gedefinieerd als de toepassing van een nieuw of aanmerkelijk verbeterd product, dienst of proces, onder meer om maatschappelijke problemen te helpen op te lossen dan wel de Europa 2020-strategie te ondersteunen.³⁷ De Concessierichtlijn stelt niet alleen buiten twijfel dat de gunningscriteria, die verband moeten houden met het voorwerp van de con-

³² Veelzeggend is in dit verband dat het eerste ontwerp van de Awb een titel reserveerde voor ‘plannen’, maar dat deze regeling er nog niet is gekomen.

³³ B.J. Schueler, ‘De verschuivende functies van de Algemene wet bestuursrecht’, *RegelMaat* 2015-6, p. 435.

³⁴ *Speelautomatenhal Vlaardingen*, r.o. 8.

³⁵ Richtlijn 2014/24/EU.

³⁶ Richtlijn 2014/23/EU.

³⁷ Artikel 4(13) Concessierichtlijn. Zie in vergelijkbare zin art. 2(22) Aanbestedingsrichtlijn.

cessie en de aanbestedende dienst geen onbeperkte keuzevrijheid mogen verschaffen, ook innovatiegerelateerde criteria kunnen omvatten.³⁸ Daarnaast kan de aanbestedende dienst die een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld dat door een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon worden voorzien, *bij wijze van uitzondering* de volgorde van de gunningscriteria wijzigen om rekening te houden met de nieuwe mogelijkheden die door de innovatieve oplossing worden geboden.³⁹ Doorbreking van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is in het aanbestedingsrecht dus mogelijk ten behoeve van het hogere doel van innovatie (en daarmee een betere verdeling)! In vergelijkbare zin biedt de Aanbestedingsrichtlijn juist als het gaat om de gunning van overheidsopdrachten voor innovatieve diensten de mogelijkheid aan aanbestedende diensten om te kiezen voor andere procedures dan de standaardprocedures (openbare en niet-openbare procedure). Deze andere procedures, de mededingingsprocedure met onderhandeling, de concurrentiegerichtte dialoog en het zogeheten ‘innovatiepartnerschap’,⁴⁰ bieden de mogelijkheid om vooraf slechts beperkte duidelijkheid te creëren over de toepasselijke criteria, juist omdat die duidelijkheid vooraf bij innovatieve toepassingen niet altijd kan worden gegeven.

Het belang van innovatie stelt dus grenzen aan de mate waarin rechtsgelijkheid en rechtszekerheid vooraf kunnen worden verwezenlijkt. In de bestuursrechtspraak wordt dit tot op zekere hoogte al erkend. Zo heeft het College aanvaard dat het in geval van innovatieve subsidieaanvragen soms onmogelijk is om vooraf een precieze aanduiding te geven van de verdelingscriteria: of een aanvraag innovatief is, zal mede afhangen van de inhoud van andere aanvragen. Daartegenover stelt het College dat minder transparantie vooraf zal moeten worden gecompenseerd door meer transparantie achteraf in de vorm van een deugdelijke motivering.⁴¹ Ook de Afdeling stuurt hierop aan in haar *Holland Opera*-uitspraak. Juist hier kan de Algemene wet bestuursrecht dus van toegevoegde waarde zijn voor de verdeling van schaarse rechten: wanneer onvoldoende recht kan worden gedaan aan algemene regels van verdelingsrecht die uitsluitend gelden voor de verdeling van schaarse rechten, zal een invulling van algemene regels van bestuursrecht die is toegesneden op verdelingsvraagstukken, zoals de eis van een deugdelijke motivering, alsnog recht kunnen doen aan de eigen aard van schaarse rechten.

³⁸ Art. 41(2) Concessierichtlijn.

³⁹ Art. 41(3) Concessierichtlijn.

⁴⁰ Art. 26(3) en (4) Aanbestedingsrichtlijn.

⁴¹ CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmann en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

4. Slot: naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht of een Algemene wet verdelingsrecht?

De bovengemiddelde aandacht in de bestuursrechtswetenschap voor de verdeling van schaarse rechten is mogelijk een hype die vanzelf weer overwaait. Tegelijk is de vraag of met die hype voldoende recht is gedaan aan de afzonderlijke aandacht die volgens Schuyt (en vele VAR-leden met hem) aan de verdelende functie van het bestuursrecht zou moeten worden besteed, aangezien de verdelende functie van het bestuursrecht (veel) meer inhoudt dan de verdeling van individuele schaarse rechten.

Een andere hype in de bestuursrechtswetenschap is dat regelmatig wordt gepleit voor een regeling van een bepaald onderwerp in de Algemene wet bestuursrecht. Die hype is ook aan de verdeling van schaarse rechten niet voorbijgegaan.⁴² Om echter recht te doen aan de Algemene wet bestuursrecht als bron van algemene regels van bestuursrecht, verdient het de voorkeur om eerst de bezinning op de verdelende functie van het bestuursrecht breder aan te pakken. De conclusie van advocaat-generaal Widdershoven dat het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning (in de regel) geen schaarse rechten toekennen, heeft de deur op dit punt niet dichtgedaan. Integendeel, zijn conclusie eindigt met de terloopse opmerking dat die geen betrekking heeft op de vraag of is voldaan aan algemene, niet op de verdeling van schaarse rechten toegespitste eisen die uit het transparantiebeginsel voortvloeien.⁴³ Die uitgebreidere bezinning maakt dus eerst de komst van een Algemeen Deel Verdelingsrecht noodzakelijk, waarin de verdelende functie wordt gecontrasteerd met de orderende functie van het bestuursrecht. Op basis daarvan zal moeten blijken of de Awb zich leent voor opname van algemene regels van verdelingsrecht of dat zelfs een Algemene wet verdelingsrecht is aangewezen, hetzij wegens het eigen karakter van verdelingsrecht ten opzichte van het overige bestuursrecht, hetzij omdat bestuursrecht eigenlijk verdelingsrecht is. Tot die tijd kan de bijzondere wetgever nog wel vooruit met de aansporing van de regeringscommissaris om de regeling van de wijze van verdeling proactief ter hand te nemen.

⁴² Voorzichtig is Van Ommeren 2004, p. 77, die een regeling voor schaarse vergunningen voorspelt in de tiende tranche van de Awb. Meer concrete voorstellen bevatten A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197; Drahmman 2015, p. 357, en specifiek voor schaarse subsidies M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011-1, p. 35-58.

⁴³ Zie punt 5.5 (slot) van zijn conclusie van 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847.